KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

UZP/BO/ŁL/ 24362 /17
dot. KIO 2278/17

Warszawa, 16 listopada 2017 r.

KANCELARIA ADWOKACKA
Adwokat Michał Muzyczka
2017 -11- 23
podpis .....

Szanowny Pan
Michał Muzyczka
Adwokat
Kancelaria Adwokacka
Adwokat Michał Muzyczka
ul. Czarnieckiego 1/1
37-500 Jarosław

Szanowny Panie Mecenasie,

w załączeniu przesyłam odpis wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2017 r. (sygn. akt: KIO 2278/17).

Z poważaniem

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Magdalena Grabarczyk

W załączeniu:
1. odpis wyroku KIO sygn. akt: KIO 2278/17

Odpis wyroku

Sygn. akt: KIO 2278/17

WYROK
z dnia 10 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**
Członkowie: **Bartosz Stankiewicz**
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: **Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 listopada 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 października 2017 r.** przez wykonawcę **Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A,35-082 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Pruchnik, ul. Rynek 1, 37-560 Pruchnik**

przy udziale wykonawcy **INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya- Żeleńskiego 6a, 35-105 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie w części dotyczącej:**

   a) **zarzutu zaniechania czynności odrzucenia oferty Przystępującego: INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya- Żeleńskiego 6a, 35-105 Rzeszów z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy Przystępujący nie złożył w zakreślonym terminie wyjaśnień z dowodami potwierdzającymi że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czym naruszono przepis art. 7 ust 1 oraz art 89 ust. 4 w zw. z art 90 ust. 3 Prawa Zamówień Publicznych dalej: „Pzp"**

   i nakazuje unieważnienie przez Zamawiającego czynności z dnia 20 października 2017 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania we wskazanym wyżej zakresie. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Pruchnik, ul. Rynek 1, 37-560 Pruchnik** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A,35-082 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od **Gminy Pruchnik, ul. Rynek 1, 37-560 Pruchnik** na rzecz **Inżynierii Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Przemyślu.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Magdalena Grabarczyk

Sygn. akt KIO 2278/17

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Budowa systemu gospodarki ściekowej w Gminie Pruchnik- rozbudowa oczyszczalni ścieków w Pruchniku."*, Numer referencyjny: IZ 271/8/2017, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 141-289120 z 26.07.2017 r., przez Gminę Pruchnik, ul. Rynek 1, 37-560 Pruchnik zwaną dalej: *„Zamawiającym"*.

W dniu 20.10.2017 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya- Żeleńskiego 6a, 35-105 Rzeszów zwanego dalej: *„INSTALBUD Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"*. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A,35-082 Rzeszów zwanej dalej: *„Inżynieria Rzeszów S.A."* albo *„Odwołującym"*. W tym samym dniu (e-mailem) dokonał także poprawy oferty Inżynieria Rzeszów S.A. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: *„Pzp"*, a INSTALBUD Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W dniu 30.10.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Inżynieria Rzeszów S.A. wniosło odwołanie na w/w czynność z 20.10.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 30.10.2017 r. (e-mailem). Wnosił odwołanie wobec:

1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę INSTALBUD Sp. z o.o., pomimo faktu, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, czym naruszono art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 26 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7 b Pzp;

2) zaniechania czynności odrzucenia oferty INSTALBUD Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że wadium tego Wykonawcy zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, czym naruszono art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 7b Pzp;

3) zaniechania czynności odrzucenia oferty INSTALBUD Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy INSTALBUD Sp. z o.o. nie złożył w zakreślonym terminie wyjaśnień z dowodami

potwierdzającymi że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czym naruszono przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp;

4) zaniechania czynności odrzucenia oferty INSTALBUD Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

5) czynności prowadzenia niedozwolonych negocjacji treści złożonej przez INSTALBUD Sp. z o.o. oferty co doprowadziło do bezprawnej zmiany treści tej oferty po upływie terminu do składania ofert, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 Pzp;

6) czynności wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz nie występowanie podstaw wykluczenia wykonawcy INSTALBUD Sp. z o.o., którego oferta podlegała odrzuceniu w trybie art 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 Pzp;

Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. Odrzucenie oferty INSTALBUD Sp. z o.o.;
3. Powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania;

1. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę INSTALBUD Sp. z o.o., czym naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 26 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp. Uzasadnienie tego zarzutu zawarte zostało poniżej w treści uzasadnień zarzutów odnoszących się do zaniechania czynności odrzucenia oferty INSTALBUD Sp. z o.o. Potwierdzenie się któregokolwiek z poniżej uzasadnianych zarzutów stanowić będzie potwierdzenie słuszności zarzutu 1.

2. Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty INSTALBUD Sp. z o.o., z uwagi na fakt, że wadium tego Wykonawcy zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, czym naruszono przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 7b Pzp. Wykonawca INSTALBUD Sp. z o.o. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Zgodnie z zapisami § 3 ust 1 gwarancja jest ważna od 11.09 do 09.11.2017 r. Gwarancja obejmuje dokładnie 60 dni terminu związania ofertą. Zgodnie z dalszą treścią § 3 ust. 1, tylko żądanie zapłaty dostarczone w tym terminie na adres opisany w § 8 ust. 1 gwarancji adres korespondencyjny, będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji. W § 8 ust. 1 gwarancji podano adres: Powszechny Zakład Ubezpieczeń, Centrum Obsługi Szkód i Świadczeń, Zespół Obsługi Szkód z Ubezpieczeń OC Klienta Korporacyjnego, ul. Postępu 18 A, 02-676 Warszawa. Powyższe oznacza, że w przypadku wystąpienia zdarzenia opisanego w gwarancji w ostatnim dniu jej obowiązywania to jest 09.11.2017 r., na przykład o godz. 19.00 , Zamawiający który ma

siedzibę w Pruchniku, będzie zmuszony doręczyć żądanie wypłaty szkody na adres korespondencyjny na Postępu 18 A w Wa-wie. Godziny pracy tego oddziału to 8.00-16.00. Na google zamieszczono następującą opinię na temat tego „Centrum obsługi": „Opinie 2 Google Józef Głowa, 1 opinia, 2 miesiące temu. *„Jest to wyłącznie kancelaria. Można osobiście dostarczyć dokumenty zamiast wysyłać poezją. Nic innego związanego z ubezpieczeniami nie można tu załatwić. To nie Jest punkt obsługi klienta! Szkoda czasu na dojazd, lepiej udać się do poku najbliższego miejscu zamieszkania."* Nie wiadomo dlaczego Gwarant wskazał tak odległy punkt w sytuacji, gdy jak wynika z § 8 ust 2 gwarancji, posiada on punkt obsługi także w Rzeszowie. Zdaniem Odwołującego, Gwarant celowo zawęził możliwość pobrania środków z gwarancji w taki sposób, że w przypadku, gdyby zdarzenie opisane w gwarancji nastąpiło ostatniego dnia jej ważności (09.11.2017 r.), wówczas nie będzie już można z tej gwarancji wyegzekwować pieniędzy. Dostarczenie listu z żądaniem zapłaty z siedziby Zamawiającego na ulicę Postępu 18A w Warszawie jest w takim przypadku nierealizowalne. Gwarancja nie zapewnia zatem dostępu do środków tak samo, jak gdyby była wniesiona w pieniądzu. Odwołujący podnosił, że wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji nie była kwestionowana. Treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok SN z 4.10.1995 r., II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 r., poz. 29). Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (wyrok KIO z 17.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/537/08. Wadium w pieniądzu pozwala Zamawiającemu na dokonanie potrącenia (zatrzymania) w dowolnym momencie , także po upływie terminu związania ofertą a przez to „obowiązywania" takiego wadium. Zamawiający musi powiadomić wykonawcę o tym, że zatrzymuje mu wadium. Nawet jednak ta czynność może być dokonana nazajutrz po upływie terminu związania ofertą lub później. Istotą wadium jest bowiem zabezpieczenie oferty od momentu otwarcia ofert aż do końca dnia w którym upływa termin związania ofertą (godzina 23.59). Wprowadzenie do treści gwarancji postanowienia, że żądanie zapłaty musi dotrzeć na adres wskazany w treści gwarancji najpóźniej w ostatnim dniu jej obowiązywania w sytuacji, w której jest to ten sam dzień, w którym upływa termin związania ofertą, ogranicza możliwości Zamawiającego do korzystania z takiej gwarancji. Zamawiający bowiem musi wziąć pod uwagę czas dostarczenia przesyłki na wskazany w treści gwarancji adres. Dostarczenie żądania zapłaty musi mieć miejsce w terminie związania ofertą. Wyobrażalną jest sytuacja, w której wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, albo pomimo wyraźnych żądań Zamawiającego, nie wnosi zabezpieczenia należytego wykonania umowy aż do końca terminu związania ofertą. Zamawiający stwierdza ten fakt w ostatnim dniu związania ofertą (tu jest to 09.11.2017 r.). Zgodnie z warunkami gwarancji, musi dostarczyć żądanie zapłaty

z Pruchnika w powiecie jarosławskim, na ulicę Postępu 18 A do Warszawy. Niestety zlecenie doręczenia przesyłki będzie mogło zostać zrealizowane dopiero dnia następnego. Tyle praktyka. Przechodząc do strony prawnej podnieść ponownie należy, że gwarancja powinna zabezpieczać każde zdarzenie w niej opisane aż do godz. 23.59 dnia 09.11.2017 r. W przypadku gwarancji wadialnej złożonej w ofercie INSTALBUD Sp. z o.o. tak nie jest. Wadium działa w sekwencji: najpierw zdarzenie, później zaspokojenie. Zdarzenia mogą występować aż do końca dnia 09.11.2017 r. Zatem ograniczenie możliwości złożenia roszczenia do tego samego dnia – 09.11.2017 r., skraca czas, w którym zaistnienie zdarzenia opisanego w treści gwarancji pozwoli na skuteczne uzyskanie zaspokojenia. Wykonawca powinien złożyć wadium w taki sposób, aby zaspokojenie Zamawiającego mogło następować w wyniku zawiadomień złożonych także po upływie terminu ważności wadium przy założeniu że jest on tożsamy 2 terminem związania ofertą. W taki sposób działa wadium w pieniądzu. Należałoby zatem oczekiwać takiego samego działania wadium w postaci niepieniężnej. Przechodząc ponownie do treści gwarancji wadialnej złożonej przez INSTALBUD Odwołujący wskazuje, że wskazanie beneficjentowi z Pruchnika konieczności przesłania żądania zapłaty do Warszawy, podczas gdy posiada on agencję (punkt obsługi) także w Rzeszowie nie może być odczytywane inaczej, niż rzeczywiste i rozmyślne dążenie do utrudnienia egzekucji należności. Odwołujący przywołał wyrok KIO z 13.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2489/16. Wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

3. Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty INSTALBUD Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy INSTALBUD Sp. z o.o. nie złożył w zakreślonym terminie wyjaśnień z dowodami potwierdzającymi że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czym naruszono przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Pismem z 25.09.2017 r., Zamawiający zwrócił się do INSTALBUD Sp. z o.o. z żądaniem wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wezwania dotyczyło w szczególności kosztorysu ofertowego, Arkusz nr 26 Sprzęt BHP i wyposażenie techniczne oczyszczalni ścieków w elemencie 2. Wyposażenie techniczne oczyszczalni ścieków w pozycjach:

- poz. 2 - „Ciągnik kompaktowy (fabrycznie nowy) - silnik 3 - cylindrowy wysokoprężny o mocy minimalnej 25 KM (...)
- poz. 14 - Ładowarka kołowa (...)

Zapisał, że Wykonawca winien w cenie oferty uwzględnić wszystkie czynności związane z realizacją zadania . Wykonawca zaproponował wykonanie części zamówienia w kosztorysie ofertowym nr 26

- poz. 2 za cenę 55 000 zł netto co stanowi 60,11 % średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert;

- poz. 14 za cenę 75 000 zł netto, co stanowi 42,98% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że złożono dwie oferty. Odwołujący w poz. 2 zaoferował ciągnik John Deere 2R 2036R za kwotę netto 128 000 zł, zaś w poz. 14, ładowarkę kołową Caterpillar 906M na kwotę netto 274 000 zł. Kwoty te zostały ustalone na podstawie ofert dystrybutorów przedmiotowego sprzętu stale współpracujących z producentami oraz wskazywanymi przez tych producentów na oficjalnych stronach internetowych. W dalszej treści pisma z 25.09.2017 r. Zamawiający zażądał wskazania przez INSTALBUD Sp. z o.o. podstaw obniżenia ceny jak również złożenia dowodów. Uprzedził, że odrzuci ofertę INSTALBUD Sp. z o.o. jeżeli nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zakreślił termin do dnia 29.09.2017 r., do godz. 14.00. W odpowiedzi, pismem z 28.09.2017 r. INSTABUD Sp. z o.o. udzielił ogólnikowego wyjaśnienia potwierdzając ceny jednostkowe i zapewniając że w takich cenach i konfiguracji dostarczy ww. sprzęt W dalszej treści pisma skupił się na wyjaśnianiu i udowadnianiu, że Zamawiającemu nie przysługuje uprawnienie do badania cen jednostkowych. Odwołujący podnosi, że już w tym momencie Zamawiający powinien było podjąć decyzję o odrzuceniu oferty INSTALBUD Sp. z o.o. w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający jednak powtórnie wezwał INSTALBUD Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień z dowodami. Stwierdził przy tym, ze poprzednie wyjaśnienia nie potwierdziły zaoferowanej ceny. Zażądał ponownie dostarczenia dowodów. Na złożenie wyjaśnień z dowodami zakreślił termin do 3.10.2017 r. do godz. 12.00

W odpowiedzi, INSTALBUD przedstawił wyjaśnienia oraz załączył oferty firmy SCANDIC - SERVICE s.c. Adam Bomba, Krzysztof Bomba z Hetmanowej. Odwołujący wskazuje, że oferent, firma SCANDIC - SERVICE s.c. nie zajmuje się sprzedażą oferowanego sprzętu. Na co dzień prowadzi sprzedaż mniejszego sprzętu i wyposażenia. W ofertach nie zamieszczono nazw i typów sprzętu. Nie wskazano również na zaoferowanie wymaganej przez Zamawiającego, 60 miesięcznej gwarancji. Standardowo na urządzenia udziela się jedno lub maksymalnie dwuletniej gwarancji. Każdy kolejny rok gwarancji podnosi cenę o około 5%. Odwołujący stwierdził, że oferty złożone przez SCANDIC – SERVICE s.c. są niewiarygodne. Nie stanowią dowodu na możliwość zaoferowania sprzętu żądanego przez Zamawiającego.

Zamawiający początkowo uznał tą odpowiedź za wystarczającą, gdyż tego samego dnia 3.10.2017 r. wezwał INSTALBUD do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz nie występowanie podstaw wykluczenia. Oznacza to, że dokonał porównania i oceny ofert (ważnych). Tymczasem już po złożeniu dokumentów, Zamawiający ponowił wezwanie do wyjaśnień ceny. Pismem z 13.10.2017 r.

powtórnie stwierdził że wyjaśnienia są niepełne. Wskazał, że ze złożonych wyjaśnień oraz dowodów nie wynika, że zaoferowane urządzenia posiadają parametry i cechy wymagane przez Zamawiającego. Zakreślił termin do dnia 17.10.2017 r. do godz. 15.00

W odpowiedzi, INSTALBUD przesłał wyjaśnienie oraz wskazał na nazwę i typ ciągnika: seria 2R numer 2036 R. Ciągnik serii 2R numer 2036R został zaoferowany także przez Odwołującego. Odwołujący otrzymał ofertę od firmy Rol-Mech z Radymna. Firma ta jest dystrybutorem sprzętu John Deere wskazywanym przez tego producenta na oficjalnej stronie internetowej. Podmiot ten zaoferował Odwołującemu riągnik 2R serii 2036R za cenę netto 122 000,00 zł. Odwołujący stwierdził, że nie występuje możliwość nabycia fabrycznie nowego ciągnika John Deere 2036R za kwotę 55 000 zł netto. Jest to cena nierealna i została spozycjonowana poniżej kosztów nabycia. Nierealną jest również cena ładowarki kołowej. Co prawda INSTALBUD Sp. z o.o. uchylił się od podania nazwy i typu ładowarki, wskazać należy, że na określonym poziomie jakości i wyposażenia nie istnieje możliwość nie tylko sprzedania ale nawet zakupu takiego sprzętu za kwotę 75 000 zł. Musi to być bowiem sprzęt na poziomie prezentowanym przez zaoferowaną przez Odwołującego ładowarkę Caterpillar 906M. Zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Pomimo, że Zamawiający aż trzykrotnie wezwał INSTALBUD Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień z dowodami, wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący podnosi, że Zamawiający powinien był odrzucić ofertę INSTALBUD Sp. z o.o. już po otrzymaniu pierwszego pisma z 28.09.2017 r. Kolejne pisma nie tylko że nie zawierały wiarygodnych dowodów na to, że cena nie jest rażąco niska, to wręcz odwrotnie, stanowiły dowód że cena ciągnika kompaktowego oraz ładowarki kołowej została skalkulowana znacznie poniżej możliwości jej nabycia.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że Zamawiający w sposób bezprawny dokonał wezwania INSTALBUD Sp. z o.o. do złożenia dokumentów. Nie miał bowiem prawa dokonywać oceny i klasyfikować jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu. Czynnością tą Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 Pzp.

4. Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty INSTALBUD Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz czynności prowadzenia niedozwolonych negocjacji treści złożonej przez INSTALBUD Sp. z o.o. oferty co doprowadziło do bezprawnej zmiany treści tej oferty po upływie terminu do składania ofert, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 art. 87 ust. 1 Pzp

Zgodnie z zapisami pkt III.2 SIWZ, szczegółowy zakres robót został określony w załączniku nr 1 do SIWZ - dokumentacja techniczna: Projekty budowlane (architektura, konstrukcja, instalacje, drogi, technologia), projekty wykonawcze, Specyfikacje techniczne

wykonania i odbioru robót budowlanych (roboty budowlane, instalacyjne) oraz w przedmiarze robót/ kosztorys ofertowy w EXCELU do WYCENY stanowiący załącznik nr 11 do SIWZ. Pkt XIV. 2 SIWZ: *„2. Wykonawca składa ofertę w postaci Załącznika nr 3 - Formularz ofertowy wraz z Załącznikiem nr 6 do SIWZ- JEDZ, składa kosztorys ofertowy, stanowiący załącznik nr 11 do SIWZ (...)."*

W toku badania ofert Zamawiający dokonywał poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty INSTALBUD Sp. z o.o. z treścią SWIZ oraz wyjaśniał złożoną ofertę w szerokim zakresie. O ile czynność Zamawiającego poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty INSTALBUD Sp. z o.o. z treścią SWIZ nie budzi żadnych zastrzeżeń Odwołującego, to czynność wyjaśnienia treści oferty już tak. Wezwanie dotyczyło kosztorysu ofertowego arkuszy: Nr 1 – Technologia i wyposażenie, poz. 73, 108; Nr 2 – reaktor 3A i 3 B – roboty ziemne, płyta denna i ściany, poz. 3,4,5, 8,9,10; Nr 3 – Pompownia ścieków surowych – roboty budowlane – poz. 4, 7,8,9, 12, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 43, 56, 57, 59, 68; Nr 4 – Budynek Techniczny – poz. 2, 7,18, 19, 21, 26, 28, 29, 30, 34, 35, 43, 44, 45, 62; Nr 5 – Wiata na osad odwodniony 18 A – poz. 1, 5, 6, 7, 9, 13,14,16,19, 20, 21, 23, 24, 26, 28; Nr 6 - Wiata na osad odwodniony 18 B – poz. 5, 6, 7, 8, 9,12,13,14,16,18,19,20, 21, 23, 24, 25, 28; Nr 8 – Taca najazdowa – poz. 4,6; Nr 9 – Zbiornik retencyjny wód deszczowych – poz. 8,11,12,13; Nr 10 – Budynek garażowy – poz. 2,4,7,13,18,19,23,35; Nr 11 - Zbiornik retencyjny wód deszczowych – poz. 1,7; Nr 12 – Fundament pod silos – poz. 2, 3, 9; Nr 13 Budynek gospodarki osadowej – poz. 1, 5, 8, 9,10; nr 17 – Wzmocnienie podłoża pod obiekty kubaturowe – poz. 1; Nr 18 – Zieleń na terenie oczyszczalni, ogrodzenie – poz. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9,10. Zamawiający pytał czy zakres robót ujęty w/w pozycjach zawiera KNR „i lub" opisy robót ujęte przez Zamawiającego ? Czy zmiana KNR „i lub" opisu robót Zamawiającego była podyktowana wygenerowaniem opisu przez program kosztorysujący Wykonawcy?.

Jak widać, zakres niezgodności nie nadającej się do poprawienia w trybie art 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest znaczny. Obejmuje nie tylko symbole KNR ale również „opis" poszczególnych wskazanych tu pozycji kosztorysu ofertowego. Odmienność „opisu" pozycji kosztorysu ofertowego może oznaczać niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Analiza dokonana przez Odwołującego pozwoliła ustalić, że co najmniej w następujących pozycjach kosztorysu znalazły się istotne rozbieżności powodujące zdaniem Odwołującego konieczność uznania, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ:

1) 4 - BUDYNEK TECHNICZNY Poz. 21 powinno być:

KNR 2-02 0216-01 0216-05 Żelbetowe wsporniki stropowe, grubości 12 cm płaskie - z zastosowaniem pompy do betonu. Beton C25/30. W ofercie INSTALBUD Sp. z o.o. jest: KNR 2-02 0216-01 0216-05 Żelbetowe wsporniki stropowe, płaskie, grubości 8 cm

z układaniem betonu za pomocą pompy - beton C25/30. Zaoferowano wsporniki stropowe o 1 /3 cieńsze niż wymagane w SIWZ.

2) 5. Podłoża i posadzki Poz. 35 powinno być: Płyty nośne betonowe na podłożu gruntowym z betonu C30/37 Pom. 01, 02 gr. 15 cm pom. 03 gr. 20 cm, wejście do budynku Dz 1. W ofercie INSTALBUD Sp. z o.o. jest: Podkłady betonowe na podłożu gruntowym z betonu C30/37 Pom. 01, 02 gr. 15 cm pom. 03 gr. 20 cm, wejście do budynku Dz 1. Zaoferowane podkłady betonowe nie są tożsame z betonowymi płytami nośnymi.

3) 8 - TACA NAJAZDOWA. 1. Roboty drogowe Poz. 4 Powinno być - Krawężniki betonowe wtopione o wymiarach 15x30 cm na podsypce cementowo-piaskowej. W ofercie INSTALBUD Sp. z o.o. jest: Krawężniki betonowe o wymiarach 12x25 cm wtopione na podsypce cementowo-piaskowej Zaoferowano odmienne od wymaganych wymiary krawężników.

4) 11 - ZBIORNIK RETENCYJNY ŚCIEKÓW DOWOŻONYCH. 1. Zbiornik retencyjny ścieków dowożonych. P02. 7 Powinno być: Wylewka betonowa na płycie dennej zbiornika o gr. 25 cm z betonu szczelnego C30/37. W wylewce betonowej należy wykonać rząpię 60 x 75 x 25 cm W ofercie INSTALBUD Sp. z o.o. jest Wylewka betonowa na płycie dennej zbiornika o średniej gr. 30 cm z betonu szczelnego C35/45. W wylewce betonowej należy wykonać rząpię 60 x 85 x 50 cm i 60x75x50cm. Zaoferowano grubszą, warstwę betonu o wyższych parametrach. Zaoferowano wykonanie dwóch rząpi zamiast jednej. Żadna z rząpi nie posiada wymiarów opisanych w przedmiarze.

5) 13 - BUDYNEK GOSPODARKI OSADOWEJ. 4. Tynki i okładziny wewnętrzne.

Poz. 10 Powinno być: Dwukrotne malowanie farbami akrylowymi powierzchni wewnętrznych - tynków gładkich. W ofercie INSTALBUD Sp. z o.o. jest: Dwukrotne malowanie farbami poliwinylowymi powierzchni wewnętrznych tynków gładkich. Farba akrylowa to taka, której spoiwem są żywice poliakrylowe, w których są zawieszone cząstki pigmentu. W budownictwie wyróżnia się dwa rodzaje takich farb:

- farby emulsyjne, po wyschnięciu są zwykle odporne na zmywanie wodą (często nazywane mianem farby lateksowej)
- emalie do drewna, metalu i tworzyw sztucznych, które zastępują farby olejne oraz ftalowe. Główną ich zaletą jest to, że rozpuszczalnik stanowi woda, co eliminuje uciążliwy zapach i konieczność stosowania organicznych rozcieńczalników do czyszczenia narzędzi. Dzięki temu są mniej szkodliwe dla środowiska. Tworzą trwałe, nieżółknące i elastyczne powłoki, zwykle o wykończeniu półmatowym, rzadziej błyszczącym. Farba poliwinylowa składa się z zawiesiny pigmentów i wypełniaczy w roztworze żywicy poliwinylowej z domieszką rozpuszczalnika organicznego. Ponadto w jej recepturze znajdują się również dodatki plastyfikatorów oraz substancje pomocnicze. Posiada ona aktywne pigmenty antykorozyjne. Zaoferowano farbę (materiał budowlany) niezgodny z przedmiarem robót

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt XVII. 1 SIWZ, wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. W takim przypadku, z zastrzeżeniem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jeżeli wystąpi niezgodność jakiejkolwiek pozycji kosztorysu z SIWZ, oferta powinna zostać odrzucona. Treść oferty INSTALBUD Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ. Wyżej wymienione niezgodności nie mogły być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, zatem powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do niezgodności opisanych w powyżej w pkt 1,3,4,5 Zamawiający dokonał „cichej poprawy" poprzez niedozwolone zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp. Prowadził niedozwolone negocjacje z INSTALBUD w przedmiotowym zakresie. Doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty po upływie terminu do składania ofert. Zamawiający naruszył art. 89 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust.1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp. Treść niezgodności opisanej w ppt 2 nie została „wyjaśniona".

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez INSTALBUD i wybrał tą ofertę jako najkorzystniejszą. Naruszył w ten sposób przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów i uzasadnienia niniejszego odwołania. Mając na uwadze iż zarzuty odwołania zostały uzasadnione i udowodnione. Odwołujący uważa, za uzasadniony i udowodniony, zarzut 1 dokonania przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę INSTALBUD Sp. z o.o. czym naruszono przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów oraz uzasadnienia odwołania.

Zamawiający w dniu 31.10.2017 r. (e-mailem i faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 03.11.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) INSTALBUD Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.11.2017 r. (e-mailem) Inżynieria Rzeszów S.A. wniosła dodatkowe pismo procesowe Odwołującego. W nawiązaniu do złożonego odwołania, niniejszym pismem Odwołujący złożył dodatkową argumentację wraz z dowodami w zakresie zarzutu 1 odnoszącego się do wadium wniesionego przez Przystępującego. Odwołujący podtrzymał zarzut postawiony wadium. Stwierdził, że wadium zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej na okres równy dokładnie okresowi związania ofertą. Dla skutecznego zaspokojenia roszczeń z tytułu gwarancji, Zamawiający musiałby przekazać żądanie zapłaty na adres wskazany w treści gwarancji nie później, niż do ostatniego dni ważności tej

gwarancji (dnia 09.11.2017 r.), który jednocześnie był ostatnim dniem terminu związania ofertą. Przechodząc do ustalenia natury gwarancji ubezpieczeniowej, niewątpliwie należy uznać, że instytucja tej gwarancji nie została szczegółowo uregulowana w przepisach prawa materialnego. Jedynie ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66 ze zm.) nazywa ją czynnością ubezpieczeniową (art. 3 ust. 3 pkt 1) oraz wspomina o niej w załączniku do tej ustawy. W przeciwieństwie jednak do gwarancji bankowej, przepisy prawa nie określają ani treści, ani formy gwarancji ubezpieczeniowej, ani zasad udzielania gwarancji ubezpieczeniowych. Tym samym zakład ubezpieczeniowy wystawiając gwarancję ustala jej treść w uzgodnieniu ze zleceniodawcą. W literaturze i orzecznictwie podkreśla się, iż zobowiązanie ubezpieczyciela zawarte w gwarancji ma charakter jednostronnie zobowiązujący, zatem istotne jest, aby przesłanki "zaspokojenia się" z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu w sposób niebudzący wątpliwości. Wskazał, że z uwagi na funkcję w postępowaniu o zamówienie publiczne wadium stanowi formę zabezpieczenia zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, który mógłby odmówić podpisania umowy. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, których oferty nie zostały należycie zabezpieczone wadium, godzi zatem w obowiązujący w tym zakresie porządek prawny. Jak już wyżej wskazano wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert i na ten moment należy oceniać skuteczność jego wniesienia, biorąc również po uwagę wyrażoną w art. 7 Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Prymat tej zasady w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przejawia się również w tym, iż tylko w przypadkach wskazanych w ustawie możliwe jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia określonego rodzaju dokumentów, czy wezwania do złożenia wyjaśnień. A istotnym ograniczeniem tych instytucji jest fakt, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu wykonawca jest zobowiązany wykazać na dzień składania ofert. Biorąc pod uwagę to, że gwarancja ubezpieczeniowa jako dokument wadialny na którego treść Zamawiający nie ma wpływu ma zabezpieczyć roszczenia finansowe zamawiającego, oraz wyrażony w orzecznictwie i literaturze pogląd, iż wadium wniesione w tej formie musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, należy uznać, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium me może być utrudnione (wyrok KIO z 06.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1225/10; KIO/UZP 1231/10). O ile bowiem w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu istnieje możliwość sprawdzenia stanu konta przez zamawiającego, o tyle w przypadku wnoszenia wadium w innych formach niż pieniężna, fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów. Zamawiający nie może domniemywać, czy wadium wniesiono czy też nie - fakt wniesienia wadium musi być niewątpliwy i wynikać wprost z czynności wykonawcy, który składa ofertę (wyrok KIO z 05.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2077/10). W treści gwarancji wskazanie warunków spełnienia Świadczenia musi

nastąpić w taki sposób, aby możliwość "zaspokojenia się" z gwarancji nie była kwestionowana, zważywszy iż treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok SN z 04.10.1995 r., II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 r., poz. 29). Zamawiający musi mieć pewność, że oferta została prawidłowo zabezpieczona, nie może zaś opierać się na domniemaniach oraz składaniu deklaracji dobrej woli przez wykonawców (wyrok ZA z 31.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1529/06). W treści gwarancji złożonej przez Przystępującego wskazano sposób spełnienia świadczenia który sprawia że koniecznym jest uznanie, iż wadium nie zostało skutecznie wniesione. Wskazano bowiem ograniczenie możliwości składania roszczeń z tytułu gwarancji żądając ich złożenia do końca terminu ważności gwarancji, co oznacza w tym przypadku, do ostatniego dnia terminu związania ofertą. Odnosząc się do natury samego terminu związania ofertą Odwołujący podnosi, że termin ten służy zamawiającemu i wykonawcy do wykonywania wszelkich czynności związanych z badaniem i oceną ofert a także wykonaniem formalności takich jak wniesienie zabezpieczenia wykonania umowy czy zawarcie umowy. Termin związania ofertą, opisany w dniach zgodnie z przepisem Art. 111 § 1. Kc kończy się z upływem ostatniego dnia to znaczy o godz. 24.00 dnia 9.11.2017 r. Okoliczności potrącenia wadium wynikające z ustawy i opisane w treści gwarancji, mogą powstać w toku czynności objętych wadium aż do końca terminu.

W skrajnym przypadku, Zamawiający musi mieć możliwość podjęcia decyzji o potrąceniu wadium dopiero po upływie tego terminu. Taką możliwość daje mu wadium w pieniądzu a także wadium nie ograniczające możliwości złożenia wezwania do zapłaty z gwarancji po upływie terminu związania ofertą.

Zgodnie z warunkami gwarancji złożonej przez Przystępującego, żądanie zapłaty musi zostać złożone w terminie ważności gwarancji to znaczy jeszcze w toku biegu terminu związania ofertą. Oznacza to bezprawne ograniczenie możliwości zaspokojenia z gwarancji do okoliczności, których wystąpienie zapewni możliwość skutecznego doręczenia wezwania do zapłaty wewnątrz terminu gwarancji. Ustawa nie opisuje mechanizmów potrącenia należności z tytułu wadium. Reguluje jedynie sposób gospodarowania wadium w postaci pieniężnej. Nie mniej, w toku biegu terminu związania ofertą zamawiający nie może być obligowany do podejmowania przedwczesnych decyzji o potrąceniu wadium. Decyzją przedwczesną w tym przypadku jest taka, gdy wykonawca mógłby jeszcze w toku terminu związania ofertą wykonać czynność za którą grozi mu utrata wadium, jednak zamawiający zmuszony klauzulą nakazującą mu doręczenie żądania zapłaty wadium w toku terminu związania ofertą przekazuje takie żądanie do gwaranta gdyż w późniejszym terminie nie zdąży tego uczynić. W drugą stronę, zamawiający, który ustaliłby termin na wykonanie czynności do upływu terminu związania ofertą, stwierdziwszy zaistnienie okoliczności skutkujących potrąceniem wadium, nie będzie mógł już skutecznie wadium otrzymać, gdyż

złożone żądanie wpłynie do gwaranta po upływie zakreślonego przez tego gwaranta terminu do złożenia tego żądania. Podniesienia wymaga, że gwarant nie ma prawa nakładać klauzul ograniczających możliwość złożenia roszczenia po upływie terminu związania ofertą nakazując uczynić to w obrębie tego terminu. Kwestie umowne (kształtowanie stosunku gwarancji pomiędzy stronami gwaranta i dłużnika (wykonawcy)) pozostają otwarte. Przy braku możliwości proceduralnych po stronie gwaranta, dłużnik może wykupić gwarancję np. o jeden dzień dłuższą (Odwołujący wykupił trzy dni więcej) albo , gwarant może wskazać dni następujące po upływie ważności gwarancji rozumianej tożsamo z terminem związania ofertą. Obydwa te narzędzia są stosowane w praktyce na rynku. W załączeniu Odwołujący przekazuje dowody na funkcjonowanie w obrocie prawnym opisanych rozwiązań.

Poglądy Odwołującego znajdują wsparcie w orzecznictwie KIO - w uzasadnieniu wyroku z 01.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1782/10. W ocenie Izby musi być to także termin, w którym Zamawiający działając bez zbędnej zwłoki będzie mógł zrealizować swoje uprawnienie nawet jeśli zdarzenie stanowiące podstawę żądania wypłaty wadium zaistnieje w ostatnim dniu ważności gwarancji. W omawianym przypadku Izba uznała, że takim rozsądnym terminem na zgłoszenie żądania zapłaty był okres 3 dni po okresie ważności gwarancji. Przywołał uzasadnienie wyroku z 22.11.2010 r. sygn. akt: KIO 2440/10. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z nierealistycznym terminem, gdyż żądanie zapłaty musi zostać złożone w miejscu odległym o 359 kilometrów jeszcze przed upływem termin związania ofertą. Stanowisko Odwołującego znalazło wsparcie w uzasadnieniu wyroku z dnia 27.01.2015 r., sygn. akt: KIO 14/15; KIO 19/15. Punkt obsługi klienta wskazany w treści gwarancji jest otwarty do godz. 16.00. Nie ma zatem możliwości skutecznego doręczenia żądania zapłaty po upływie terminu związania ofertą ani nawet w ostatnim dniu tego terminu ale po godzinach urzędowania Zamawiającego. Zamawiający urzęduje bowiem w godz. 7.00 - 15.00. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium to jest naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 7 b Pzp, a co za tym idzie także zarzutu dokonania wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

W dniu 09.11.2017 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddala w całości odwołanie. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów wskazał, iż z całą pewnością gwarancja wadialna nie zawierała uchybień podnoszonych przez Odwołującego. W szczególności za warunek gwarancji nie można uznać wskazania adresu, na który należy skierować wezwanie do zapłaty gwarancji, ani fakt, iż biuro Gwaranta jest czynne do 16.00, gdyż powyższy fakt nie wyklucza możliwości zrealizowania roszczeń Zamawiającego

o wypłatę sumy gwarancji również w ostatnim dniu obowiązywania gwarancji. Mając na uwadze cel wniesienia wadium, przy uwzględnieniu celowościowej i funkcjonalnej wykładni treści art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp nie może dojść do odrzucenia oferty wykonawcy, który ustanowił na rzecz podmiotu zamawiającego wadium spełniającego jego typowe funkcje i pozwalającego Zamawiającemu na zaspokojenie swoich uzasadnionych roszczeń w przypadkach enumeratywnie wskazanych w treści art. 46 ust. 4a i 5 Pzp (wyrok KIO z 24.04.2017 r., sygn. akt: KIO 632/17). W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że zarówno gwarancja bankowa, jak i ubezpieczeniowa nie są jednostronnymi czynnościami prawnymi, ale umowami, co powoduje, że do wykładni oświadczeń woli w nich zawartych znajduje zastosowanie nie tylko przepis art. 65 § 1, ale i 65 § 2 k.c. Gwarancja jest bowiem umową pomiędzy bankiem-gwarantem a beneficjentem gwarancji, przy czym stroną jednostronnie zobowiązaną jest bank wystawiający gwarancję. Jego zobowiązanie ma charakter pieniężny, czyli polega na zapłacie określonej sumy pieniężnej, w razie wykonania przez uprawnionego (beneficjenta gwarancji) praw z gwarancji. KIO wielokrotnie wskazywała już, że treść gwarancji wadialnej podlega wykładni (np. KIO 150/12, KIO 1645/12, KIO 1413/13). Przykładowo w wyroku w sprawie o sygn., akt: KIO 54/11, Izba wskazała, iż: "omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej (...) nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty w wadium (...) Izba stwierdziła, że *„w tym konkretnym stanie faktycznym, należy zastosować wykładnię z art. 65 k.c., który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. (...) Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron (Odwołującego i gwaranta - P. SA) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym Odwołujący chciał wziąć udział. Tym samym stwierdzić należy, iż nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy. Dlatego też Izba stwierdziła, iż błąd w dacie wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej, w sytuacji gdy gwarancja ubezpieczeniowa została złożona przed terminem składania ofert, nie może stanowić podstawy do uznania, iż przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa jest nieprawidłowi. Z kolei w innym wyroku Izba wskazała, że zgodnie z aktualną Unią orzeczniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady ustawy P.z.p. i art. 65 k.c. Izba nie podziela opinii prezentowanej na rozprawie, jakoby powyższa była niedopuszczalna (...)"* (wyrok KIO z 22.04.2013 r., sygn. akt: KIO 765/13, KIO 784/13). „Bezwarunkowość" gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej spełniona jest w przypadku, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, tj. gdy wypłata kwoty wskazanej w gwarancji musi nastąpić na podstawie samego

żądania wypłaty kwoty, skierowanego przez zamawiającego do gwaranta. Gwarancja straciłaby przymiot bezwarunkowości w przypadku, gdyby żądanie zapłaty musiało być uzasadniane, a więc kiedy gwarant mógłby badać podstawy zasadności żądania zapłaty, skierowanego przez zamawiającego do gwaranta. W sytuacji, gdy wadium odpowiada przepisom prawa, jak również (przede wszystkim) zamawiający ma możliwość zaspokojenia ewentualnego roszczenia z wadium, należy uznać, że wadium jest skutecznie wniesione, a tym samym nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. (wyrok KIO z 07.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1279/14).

Należy podzielić pogląd zawarty w wyroku KIO z 03.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2033/13: *"(...) w orzecznictwie za ukształtowany należy uznać pogląd, iż każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy P.z.p.), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4 ustawy P.z.p.), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6 ustawy P.z.p.), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy P.z.p.), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. A contrario tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, w szczególności wadium nie odnoszące się do wszystkich okoliczności jego przepadku, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p.). Inaczej, prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w SIWZ, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne.".*

Odnosząc się do sprecyzowania treści oferty Zamawiający wskazuje, iż w ramach wyjaśnień Wykonawcy nie zostały przekroczone granice pierwotnej oferty i nie doszło do wskazywanej przez Odwołującego się modyfikacji oferty. Należy uznać wręcz, że Zamawiający prawidło realizował ciążący na nim obowiązek oceny oferty z poszanowaniem zasad prawa zamówień publicznych oraz umożliwienia złożenia wyjaśnień Wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. W orzecznictwie Izby wskazuje się, iż błąd w kosztorysie ofertowym, sporządzonym na podstawie przedmiaru robót, który nie determinuje zakresu prac przewidzianych do wykonania zamówienia, nie może być rozpatrywany w kontekście niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, lecz co najwyżej błędu w obliczeniu ceny. Jeżeli odpowiedź zamawiającego na pytanie jednego z wykonawców, co do zastosowania krotności, nie jest jasna z punktu widzenia sposobu ujęcia (skalkulowania) tej krotności w

kosztorysie ofertowym, należy uznać, że każdy sposób zastosowania "krotności" w postępowaniu jest dopuszczalny. (wyrok KIO z 20.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1077/08).

Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści (przywołał wyrok SO w Krakowie, sygn. akt: XII GA 429/09). Po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z orzecznictwem KIO punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy oferty jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. (wyrok KIO z 23.03.2011 r., sygn. akt: KIO 522/11, wyrok SO w Katowicach z 01.03.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 18/10, wyrok KIO z 30.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1127/10, wyrok KIO z 12.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1610/10). Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi, co do zasady, fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Poprawienie omyłki nie może prowadzić bowiem do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do błędnego wniosku, że nie można dokonać poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jeśli skutkiem tego działania będzie uznanie jej za najkorzystniejszą (uchwała KIO z 19.10.2010r., sygn. akt: KIO/KD 74/10).

Odnosząc się do konkretnych przykładów z orzecznictwa wskazać należy, iż np. brak przeredagowania standardowego opisu pozycji KNNR5 0303-02 na występujący w poz. 24 przedmiarów robót elektrycznych załączonych do SIWZ KIO uznała za omyłkę, która może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba wzięła pod uwagę, że do stwierdzenia tej omyłki w kosztorysie ofertowym Odwołującego, nie były konieczne żadne wyjaśnienia z jego strony, lecz wystarczyło porównanie tego kosztorysu z przedmiarem, co de facto przeprowadził zamawiający, bezbłędnie identyfikując rozbieżność opisu w poz. 24 robót

elektrycznych. W ocenie składu orzekającego brakowi cechy istotności dokonanej zmiany nie stoi również na przeszkodzie przyjęta dla rozliczenia wykonanych robót zasada wynagrodzenia kosztorysowego. Nie można bowiem stwierdzić, że co do zasady wynagrodzenie kosztorysowe wyłącza możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp do omyłek popełnionych w kosztorysach ofertowych stanowiących treść oferty (wyrok KIO z 24.03.2011r., sygn. akt: KIO 554/11). Dopuszczone zostało nawet dokonanie sprostowania omyłek, których prawidłowe ustalenie możliwie jest w oparciu o treść samych ofert złożonych przez wykonawców, gdyż stanowi wynik przemnożenia podanych przez wykonawców cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach przez prawidłowe ilości przedmiarowe. Poprawienie takich omyłek nie wymaga uzyskania jakiekolwiek wyjaśnień ze strony Wykonawców (wyrok KIO z 18.03.2013r., sygn. akt: KIO 476/13, KIO 495/13).

Jednocześnie zaznaczył, że Wykonawca, którego oferta została poprawiona na podstawie powyższego przepisu może nie wyrazić zgody na taką zmianę, w takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany jest, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, do odrzucenia takiej oferty. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że przesłanką do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp jest jedynie brak zgody, równoznaczny ze sprzeciwem na dokonanie poprawy. Przecząca forma użyta w dyspozycji tego przepisu wskazuje zdaniem Izby, że w każdej innej sytuacji aniżeli „nie wyrażenie zgody" przez wykonawcę, oferta nie podlega odrzuceniu (KIO w wyroku z 09.11.2012 r., sygn. akt KIO 2343/12, KIO 2346/12 oraz wyrok KIO z 14.04.2011 r. sygn. akt KIO 689/11, wyrok KIO z 29.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 294/0, wyrok KIO z 07.09.2009r., sygn. akt: 1094/09).

Ważkim jest również pogląd wyrażony przez Izbę w sprawie KIO 175/15: "Izba podkreśla, ze kosztorys ofertowy, niezależnie od tego, czy jest on sporządzany w formie uproszczonej, czy też szczegółowej, nie może stanowić wystarczającej podstawy służącej ustaleniu zakresu prac, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca składając ofertę. Trzeba mieć bowiem na względzie, ze skoro przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, to - zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1 P.z.p. - opisuje się je za pomocą dokumentacji projektowej i STWiORB. Szczegółowe wyliczenie elementów składowych dokumentacji projektowej zawarte zostało w 4 ust. I rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. 2013.1129 j.t.), wydanego na podstawie art. 31 ust. 4 P.z.p. Zgodnie z powołanym przepisem rozporządzenia w jej skład wchodzą m.in. projekt budowlany w zakresie uwzgledniającym specyfikę robót budowlanych oraz przedmiar robót, który de facto stanowi podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego. Trzeba mieć przy tym na względzie, ze przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu budowlanego, czy STWiORB i pełniącym odmienna role niż wspomniane dokumenty.

Na podstawie 6 ww. aktu: wykonawczego należy przyjąć, że istotą przedmiaru jest przedstawienie zakresu niezbędnych do wykonania prac (ze wskazaniem jednostek przedmiarowych), co ma pomóc wykonawcom w oszacowaniu pracochłonności, a przede wszystkim kosztów wykonania ujętych w nim robót budowlanych. Ergo, przedmiar robót, a w konsekwencji także kosztorys sporządzony na jego podstawie maja jedynie pomocnicze znaczenie w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy, bowiem ich głównym celem jest skalkulowanie ceny oferty, nie zaś zobrazowanie jej zakresu. (...) Sprzeczności oferty z SIWZ należy upatrywać w takich sytuacjach, w których treść oświadczenia woli wykonawcy wyraża expressis verbis zamiar odstępstwa w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, czego nie można zakładać wyłącznie na podstawie odmiennej od oczekiwanej przez zamawiającego konstrukcji kosztorysu ofertowego." Istotne jest bowiem to, jaka treść oferty wypływa z przedstawionego Zamawiającemu kosztorysu i to ta właśnie okoliczność przesądzać miała w rozpoznawanej sprawie o zasadności zarzutów podnoszonych przez Odwołującego. Dopiero zatem ustalenie, że sformułowany przez Wykonawcę opis poszczególnych pozycji kosztorysu stoi w sprzeczności z treścią opisu przedmiotu zamówienia (w tym również z przedmiarem), kształtując zobowiązanie Wykonawcy w sposób odmienny niż tego oczekiwał Zamawiający konstruując zapisy SIWZ, może powodować uznanie, że Wykonawca naruszył przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dokonanie przez Izbę powyższych ustaleń powinno wynikać z dowodów przedstawionych przed Odwołującego. W świetle zgromadzonych dowodów przez Zamawiającego wynika, że INSTALBUD Sp. z o.o. wykona prace objęte zamówieniem.

Istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością jest to, że to na Odwołującym spoczywa ciężar przedstawienia odpowiednich dowodów potwierdzających zaistnienie faktów, na które powoływał się on stawiając rozpoznawane przez Izbę zarzuty. Zgodnie bowiem z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Analogiczną regulację zawiera przepis art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym samym, w rozpoznawanej sprawie, to Odwołujący winien wykazać, że treść złożonej przez INSTALBUD Sp. z o.o. oferty nie odpowiada treści SIWZ - to na nim ciążył obowiązek przywołania konkretnych zapisów SIWZ, w szczególności dokumentacji projektowej, które pozwalałyby przyjąć, że treść przedstawionej przez INSTALBUD Sp. z o.o. oferty (kosztorysu ofertowego i zawartych w nim opisów poszczególnych pozycji) stoi w sprzeczności z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Pamiętać również przy tym należy, że zgodnie z art. 190 ust. 5 Pzp dowodu nie wymagają tylko fakty powszechnie znane, fakty znane z urzędu, a także przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, przy czym te ostatnie tylko o tyle, o

ile Izba uzna, że przyznanie to nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W każdym innym przypadku koniecznym jest przedstawienie przez stronę twierdzącą dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi ona skutki prawne. Niesprostanie przez Odwołującego obowiązkowi dowodowemu pociągać musi uznanie, że zarzuty przez niego podnoszone są niezasadne, a tym samym odwołanie, jako takie, podlega oddaleniu.

Co prawda, na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, wynika obowiązek udowodnienia przez oferenta, że cena nie jest rażąco niska, jednak na dalszych etapach postępowania odwoławczego, jeżeli Odwołujący uznał cenę oferowaną przez oferenta INSTALBUD Sp. z o.o. za rażąco niską, jest zobowiązany zgodnie z regułą z art. 6 k.c. udowodnić, że podana cena jest rażąco niska. W szczególności winien wykazać, że oferent ustalił cenę poniżej własnych kosztów, że będzie ponosił z tego tytułu straty i że w przyszłości zagrozi to bezpiecznemu wykonaniu umowy zawartej z zamawiającym. Takie ustalenie może nastąpić jedynie na podstawie wiedzy co do szczegółów skalkulowania ceny przez oferenta. Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame. Uzasadnienie Odwołania powinno zawierać szczegółową analizę oferty INSTALBUD Sp. z o.o. i powołanie się na dowody, z których wynika rażąco zaniżona cena. Dokonując oceny złożonej oferty INSTALBUD Sp. z o.o. Zamawiający, z uwagi na wyraźne zastrzeżenia przedstawiciela Odwołującego się, złożone ustnie w trakcie wykonywania kopii z akt postępowania, wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, chociaż w ocenie Zamawiającego nie występowały przesłanki obligatoryjnego badania oferty w tym zakresie. Dodatkowo należy zauważyć, iż kwestionowane przez Odwołującego wartości z oferty INSTALBUD Sp. z o.o. nie dotyczą istotnych elementów zamówienia, a jedynie dodatkowego wyposażenia oczyszczalni i już z tej przyczyny nie mogły stanowić przyczyny odrzucenia oferty. Dodatkowo Wykonawca wskazał opierając się na obiektywnych czynnikach, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązaniach technicznych i przedstawiając ofertę cenową dostawcy sprzętu, iż nawet w zakresie dodatkowych elementów zamówienia zaoferowana cena nie jest rażąco zaniżona. Trzeba pamiętać, że bardzo często organy odwoławcze zwracają uwagę, że kosztorys inwestorski nie może być wyłączną podstawą odrzucenia, bo cena ma być rażąco nisko w stosunku do cen rynkowych z podobnych zamówień z danego terenu i ewentualnie innych ofert. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył podobną ofertę, niejako potwierdzając, że ceny przedstawione przez INSTALBUD Sp. z o.o. są, zbliżone do cen rynkowych.

Wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistą, w sposób nie budzący wątpliwości. Pojęcie "nieprawdziwych informacji" może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczeniu wiedzy, a nie do oświadczenia woli. Rażąco niska cena, to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych (wyrok SO w Katowicach z 11.04.2013r., sygn. akt: XIX Ga 179/13).

Ustawodawca nie określił przesłanek, jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego wówczas, gdy poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Jednak muszą to być wątpliwości uzasadnione, poprzedzone dokładną analizą oferty. Niewystarczające jest odniesienie do szacunkowej wartości zamówienia. Pytanie do wykonawcy powinno więc wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Rzeczą wykonawcy w takiej sytuacji jest udzielić wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny. Postępowanie z art. 90 ust. 1 ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy i ma na celu utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jednakże, aby te wątpliwości rozwiać musi wiedzieć które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Zamawiający nie może obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień. jakich oczekuje. (...) Przeprowadzenie procedury sprawdzającej opisanej w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to jednak etap konieczny, który powinien mieć zastosowanie, gdy uzasadnione są wątpliwości, co do tego czy, oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dopiero analiza przedłożonych wyjaśnień może być podstawą do oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę, tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (wyrok KIO z 16.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 483/10). Komisja przetargowa powinna analizować ofertę na podstawie wszystkich dokumentów, a nie tylko wyjaśnień, które mają charakter pomocniczy (wyrok SO w Olsztynie z 09.12.2010 r., sygn. akt: V Ga 122/10). Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po

drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame (wyrok SO w Katowicach z 21.06.2010r., sygn. akt: XIX Ga 175/10). Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków, kiedy to postępowanie należy wdrożyć (wyrok SO w Katowicach z 14.06.2010r., sygn. akt: XIX Ga 230/10). Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 Pzp (wyrok SO w Krakowie z 08.04.2009r., sygn. akt: XII Ga 59/09).

Cena podana przez wykonawcę nie jest ceną rażąco niską i brak było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący podnosił, że na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp wynika obowiązek udowodnienia przez Wykonawcę, że cena nie jest rażąco niska. Według stanowiska judykatury jest to twierdzenie błędne albowiem to zamawiający ocenia czy oferowana cena jest rażąco niska i po stwierdzeniu takiego faktu wzywa wykonawcę do przedstawienia wyjaśnień i dowodów na wykazanie, że oferowana cena nie może być uznana za rażąco niską (art. 90 ust. 3 Pzp). W niniejszej sprawie zamawiający nie uznał ceny oferowanej przez Wykonawcę za rażąco niską. W tej sytuacji Odwołujący jako inny potencjalny wykonawca zgodnie z regułą z art. 6 k.c. winien był udowodnić, że cena podana przez wygrywającego przetarg wykonawcę jest rażąco niska. W szczególności winien był wykazać, że wykonawca ten ustalił cenę poniżej własnych kosztów, że będzie ponosił z tego tytułu straty i że w przyszłości zagrozi to bezpiecznemu wykonaniu umowy zawartej z zamawiającym. (wyrok SO w Bielsku-Białej z 10.03.2009r., sygn. akt: II Ca 88/09). Przepisy Pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ale i w art. 90 Pzp. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok SO w Katowicach z 28.04.2008r., sygn. akt: XIX Ga 128/08). Przywołał także wyroku KIO z 19.05.2014 r., sygn. akt: KIO 846/14.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym SIWZ, pierwszego wezwania Zamawiającego z 25.09.2017 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, pierwszego wyjaśnienia INSTALBUD Sp. z o.o. z 28.09.2017 r., drugiego wezwania Zamawiającego z 29.09.2017 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, drugiego wyjaśnienia INSTALBUD Sp. z o.o. z 03.10.2017 r. (wraz z załącznikami – ofertą cenową na ciągnik kompaktowy, jak i ładowarkę kołowa z 31.08.2017 r. SCANDIC-SERVICE s.c.), wezwania INSTALBUD Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 03.10.2017 r., uzupełnienia dokonanego w odpowiedzi z 10.10.2017 r., trzeciego wezwania Zamawiającego z 13.10.2017 r., trzeciego wyjaśnienia INSTALBUD Sp. z o.o. z 17.10.2017 r. wraz ze specyfikacją produktu na ciągnik serii 2R o nr 2036R, przedłużenia ofert na ciągnik kompaktowy i ładowarkę kołowa z 16.10.2017 r., pisma Zamawiającego z 26.09.2017 r. w sprawie poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty INSTALBUD Sp. z o.o. z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp; pisma Zamawiającego z 26.09.2017 r. w sprawie wyjaśnienia treści oferty złożonej przez INSTALBUD w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnienia w ramach pierwszych wyjaśnień INSTALBUD Sp. z o.o. z 28.09.2017 r.; pisma Zamawiającego z 20.10.2017 r. w sprawie poprawienia oferty złożonej przez INSTALBUD w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, jak i zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 20.10.2017 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone wraz z pismem procesowym Odwołującego:

a) kopię Gwarancji ubezpieczeniowej nr 1 (złożenie żądania zapłaty w ciągu trzech dni);
b) kopię Gwarancji ubezpieczeniowej nr 2 (złożenie żądania zapłaty w ciągu trzech dni);
c) kopię Gwarancji ubezpieczeniowej nr 3 (o jeden dzień dłuższy termin ważności gwarancji);
d) kopię Gwarancji bankowej (złożenie żądania zapłaty w pierwszym dniu roboczym następującym po ostatnim dniu ważności gwarancji);
e) wydruk ze strony google.pl/maps wskazujący miejsce funkcjonowania oraz godziny otwarcia punktu PZU przy, ul. Postępu 18a w Warszawie.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

a) zapytania ofertowe wysłane przez Odwołującego odnośnie ciągnika kompaktowego (otrzymał jedną odpowiedź) i zapytania ofertowe w zakresie ładowarkami kołowej i 5 ofert, które otrzymał w tym zakresie (w tym ofertę, z której skorzystał od renomowanego przedstawiciela sprzętu firmy Bergerat Monnoyeur);
b) zestawienie porównawcze w/w dokumentów oraz jego działania w tym zakresie;
c) zapytanie ofertowe, które wysłał do SCANDIC-SERVICE s.c. (bez odpowiedzi);
d) korespondencje z firmą Johny Deere Polska Sp. z o.o. wraz z jej oświadczeniem z 07.11.2017 r.;
e) kopie karty katalogowej ciągnika kompaktowego Johny Deere;
f) kopie oświadczenie Johny Deere Polska Sp. z o.o. z 08.11.2017 r., co do firmy RolMech;
g) wydruk ze strony internetowej Johny Deere określający, jakie podmioty w województwie podkarpackim prowadzą sprzedaż sprzętu tego producenta;
h) zapytania ofertowe do innej firmy, która prowadzi sprzedaż sprzętu tego producenta, ale w zakresie innym niż ciągniki kompaktowe (bez odpowiedzi);
i) wydruki porównawcze i fotograficzne w zakresie siedziby firmy Scandic-Service s.c. oraz RolMech, jak również dokumentację fotograficzną firmy Scandic-Service s.c., ściślej innych podmiotów gospodarczych, które działają w Rzeszowie i okolicach, a których właścicielami są właściciele firm Scandic-Service s.c.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone wraz z pismem przygotowawczym przez Przystępującego:

a) Kosztorys nr 04 Budynek techniczny dla poz. 21 – oferta /kalkulacja uproszczona/kalkulacja szczegółowa/ - program RODOS 6.8.38.2 [12561];
b) Kosztorys nr 04 Budynek techniczny dla poz. 35 – oferta /kalkulacja uproszczona/kalkulacja szczegółowa/ - program RODOS 6.8.38.2 [12561];
c) Kosztorys nr 08 Taca Najazdowa dla poz. 4 – oferta /kalkulacja uproszczona/kalkulacja szczegółowa/ - program RODOS 6.8.38.2 [12561];
d) Kosztorys nr 1 1 Zbiornik retencyjny ścieków dowożonych dla poz. 7 – oferta /kalkulacja uproszczona/kalkulacja szczegółowa/ - program RODOS 6.8.38.2 [12561]
e) Kosztorys nr 13 Budynek gospodarki osadowej dla poz. 10 – oferta /kalkulacja uproszczona/kalkulacja szczegółowa/ - program RODOS 6.8.38.2 [12561];

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo przygotowawcze Przystępującego

oraz pisma procesowe Odwołującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 7b Pzp, co skutkowało zaniechaniem czynności odrzucenia oferty INSTALBUD Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że wadium tego Wykonawcy zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;
2) art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, co skutkowało zaniechaniem czynności odrzucenia oferty INSTALBUD Sp. z o.o., z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy INSTALBUD Sp. z o.o. nie złożył w zakreślonym terminie wyjaśnień z dowodami potwierdzającymi, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
3) art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co skutkowało zaniechaniem czynności odrzucenia oferty INSTALBUD Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
4) art. 7 ust. 1 art. 87 ust. 1 Pzp, co skutkowało czynnością prowadzenia niedozwolonych negocjacji treści złożonej przez INSTALBUD Sp. z o.o. oferty co doprowadziło do bezprawnej zmiany treści tej oferty po upływie terminu do składania ofert,;
5) art. 26 ust. 1 Pzp w zakresie czynności wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz nie występowanie podstaw wykluczenia wykonawcy INSTALBUD Sp. z o.o., którego oferta podlegała odrzuceniu w trybie art 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 Pzp.

Odnośnie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę INSTALBUD Sp. z o.o., pomimo faktu, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, czym naruszono art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 26 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7 b Pzp, Izba uznała powyższy zarzut za de facto zbiorcze przedstawienie wszystkich zarzutów, stąd odniesie się szczegółowo do tych ostatnich odrębnie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, odpowiedzi na odwołanie, jak i pisma przygotowawczego Przystępującego złożonego na posiedzeniu oraz pisma procesowego Odwołującego. Wskazując na przywołane w tych pismach fragmenty pism trzykrotnych wezwań do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz trzykrotnych wyjaśnień wraz z załącznikami do drugich i trzecich wyjaśnień. Nadto, istotna jest treść ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej Przystępującego załączonej wraz z ofertą i postanowień SIWZ w tym zakresie w Rozdz. XXI. Nie mniej ważne jest wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp z 26.09.2017 r., jak i udzielone wyjaśnienia w ramach pierwszych wyjaśnień INSTALBUD Sp. z o.o. z 28.09.2017 r. W tym kontekście ważne jest ich potwierdzenie i rozwiniecie dowodowe w piśmie przygotowawczym Przystępującego. Poza tym, okoliczności wskazane w odwołaniu potwierdza wezwanie INSTALBUD Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 03.10.2017 r. oraz uzupełnienia dokonanego w odpowiedzi z 10.10.2017 r. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Względem de facto pierwszego zarzutu dotyczącego gwarancji wadialnej, Izba oddaliła w/w zarzut uznając, że Zamawiający nie określił wymogu takiego rodzaju, jak oczekiwałby Odwołujący (podał przykłady w swoim piśmie procesowym i załączonych dowodach na tą okoliczność), aby znajdował się w gwarancji ubezpieczeniowej. Zamawiający żądał wniesienia wadium w postępowaniu, a formy wniesienia wadium określił w SIWZ w Rozdz. XXI, pkt. 3 i zgodnie z dyspozycją art. 45 ust.6 Pzp. Przystępujący zabezpieczył złożoną przez siebie ofertę wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, przewidzianej art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp, i na pełny okres związania ofertą. Ustawa Pzp, czy też ustawa z 11.9.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1170 ze zm.) nie regulują w sposób szczegółowy treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, dlatego do jej elementów konstytutywnych mają zastosowanie ogólne przepisy Pzp dotyczące wadium oraz przepisy Kodeksu cywilnego, w szczególności art. 808 1 i n. K.c. regulujące zawieranie umowy ubezpieczenia na cudzy rachunek. Przepisy powyższe nie określają formy, ani treści gwarancji ubezpieczeniowej. Zamawiający również nie określił w SIWZ żadnych dodatkowych wymagań dotyczących

gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że warunek gwarancji nie można uznać wskazania adresu, na który należy skierować wezwanie do zapłaty gwarancji, ani fakt, iż biuro Gwaranta - PZU S.A - jest czynne do 16.00, gdyż powyższy fakt nie wyklucza możliwości zrealizowania roszczeń Zamawiającego o wypłatę sumy gwarancji również w ostatnim dniu obowiązywania gwarancji.

W konsekwencji wadium, tj. gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr GWo/891/2017/061-35-06 wystawiona przez Gwaranta PZU S.A. - zostało wniesione prawidłowo i brak jest podstaw do jego kwestionowania. Z przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej wynika wprost, że Gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantuje Zamawiającemu zapłatę kwoty 150 000,00 zł. (wysokość ustanowionego przez Zamawiającego wadium w przetargu), § 2 ust. 1 gwarancji. Powyższa gwarancja obowiązuje od 11.09.2017 r. do 09.11.2017r., to jest w okresie związania ofertą Wykonawcy (§ 3 ust. 1 gwarancji). Jeśli Odwołujący uważał, że tego rodzaju wymóg, jak w załączonych przykładowych gwarancjach ubezpieczeniowych winien znajdować się w docelowym dokumencie, to winien w tym zakresie wnosić o zmianę SIWZ do Zamawiającego przed terminem składnia ofert. Na obecnym etapie brak jest podstaw do negowania wadium, w tym kształcie, odpowiada bowiem ona w pełni wymogom SIWZ, w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie drugiego dotyczącego ceny rażąco niskiej, Izba uznała w/w zarzut za zasadny. Należy bowiem zauważyć, że oddzielną przesłankę odrzucenia oferty stanowi art. 90 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym ma to miejsce, gdy Wykonawca, nie udzielił wyjaśnień lub gdy jeśli ocena wyjaśnień wraz z dowodami wskazuje na cenę rażąco niską. W tym stanie faktycznym, po pierwszym wezwaniu i wyjaśnieniach należało bezwzględnie odrzucić ofertę Przystępującego, gdyż de facto Wykonawca nie udzielił żadnych wyjaśnień. Izba podkreśla, że z pewnością ponowne wezwanie do wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśniającej do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej ceny. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być uzasadnione w świetle wyjaśnień, czy dowodów przedłożonych za pierwszym razem. Zamawiający nie ma obowiązku ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, jeśli wykonawca nie rozwiał jego wątpliwości, co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosowanych dowodów. W takiej sytuacji należy uznać, że wykonawca nie wywiązał się należycie z ciążącego na nim ciężaru dowodu. Taki stan rzeczy zaistniał w tym stanie faktycznym. W konsekwencji, Izba nie ma podstaw odnosić się dowodów złożonych wraz z drugimi, jak i trzecimi wyjaśnieniami przez Przystępującego. Powyższe należy także odnieść do dowodów złożonych na rozprawie

w tym zakresie przez Odwołującego, mających na celu podważenie materiałów załączonych do dalszych wyjaśnień przez Przystępującego, jak i wiarygodności wyceny w ramach - Arkusza nr 26 Sprzęt BHP i wyposażenie techniczne oczyszczalni ścieków w elemencie 2. Wyposażenie techniczne oczyszczalni ścieków w pozycjach: poz. 2 /„Ciągnik kompaktowy (fabrycznie nowy) - silnik 3 - cylindrowy wysokoprężny o mocy minimalnej 25 KM (...)"/ i 14 /"Ładowarka kołowa (...)."/

Polemika zaś zawarta w pierwszych wyjaśnieniach, jeśli uważał Przystępujący ją ze słuszną winna mieć miejsce w postaci odwołania, a nie w piśmie. Należy zauważyć, że jeśli wezwanie do wyjaśnień miało miejsce, to ni mniej ni więcej oznacza, że wątpliwości de facto zaistniały po stronie Zamawiającego, okoliczność ta ma charakter przesądzający. Kwestia istotności, czy też istotnych części składników cenowych należy rozpatrywać wbrew sugestiom Zamawiającego, jak i Przystępującego, także w kontekście ich wartości i wpływu na cenę ostateczną oferty, a nie tylko w kontekście przedmiotu zamówienia sensu stricte.

Izba podkreśla za wyrokiem KIO z 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 140/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15: *„(...) Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)".* Nadto za wyrokiem KIO z 25.04. 2014 r., sygn. akt: KIO 725/14: *„(...) prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy".* Podobne stanowisko Izba wyraziła w wyroku KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1733/17.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem trzeciego zarzutu i pozostałych. W tym zakresie, Izba oddaliła zarzuty uznając, je za niezasadne.

Odnośnie kwestii podnoszonych w odwołaniu pięciu pozycji kosztorysowych, Izba uznała stanowisko Przystępującego, także w kontekście złożonych wyjaśnień w piśmie z 26.09.2017 r., które są zbieżne z treściami wrażonymi na rozprawie w zakresie kosztorysu uproszczonego, a kosztorysu szczegółowego: *„W następstwie zapisu SIWZ, Rozdziału XX pkt 6, dotyczącego wymogu dostarczenia przez Wykonawcę do podpisania umowy kosztorysu ofertowego w kalkulacji szczegółowej informujemy, że (....) pracował w programie RODOS, ponieważ z programu Exel nie można wygenerować kalkulacji szczegółowej ze wskaźnikiem nośników cenotwórczych oraz wykazem robocizny, materiałów i sprzętu.*

Potwierdzamy, że zakres robót ujęty w przedstawionym kosztorysie ofertowym jest zgodny z zakresem wymaganym do wykonania i zgodnym z wymaganiami Zamawiającego.". Izba uznała także dowody w tym zakresie dołączone do pisma przygotowawczego złożonego przez Przystępującego na posiedzeniu (a) Kosztorys nr 04 Budynek techniczny dla poz. 21 – oferta /kalkulacja uproszczona/kalkulacja szczegółowa/ - program RODOS 6.8.38.2 [12561]; b) Kosztorys nr 04 Budynek techniczny dla poz. 35 – oferta /kalkulacja uproszczona/kalkulacja szczegółowa/ - program RODOS 6.8.38.2 [12561]; c) Kosztorys nr 08 Taca Najazdowa dla poz. 4 – oferta /kalkulacja uproszczona/kalkulacja szczegółowa/ - program RODOS 6.8.38.2 [12561]; d) Kosztorys nr 1 1 Zbiornik retencyjny ścieków dowożonych dla poz. 7 – oferta /kalkulacja uproszczona/kalkulacja szczegółowa/ - program RODOS 6.8.38.2 [12561]; e) Kosztorys nr 13 Budynek gospodarki osadowej dla poz. 10 – oferta /kalkulacja uproszczona/kalkulacja szczegółowa/ - program RODOS 6.8.38.2 [12561]). Jak i dalsze wynikające z przytoczonego powyżej fragmentu wyjaśnienia, iż zakres robót wymagany przez Zamawiającego jest ujęty w kosztorysie ofertowym.

Natomiast zmiana KNR i/lub opisu robót Zamawiającego była podyktowana wygenerowaniem takiego opisu przez program kosztorysujący, którym posługuje się w ofertowaniu INSTALBUD Sp. z o.o. Faktem powszechnie wiadomym jest, że Wykonawcy oraz Zamawiający korzystają z różnych programów kosztorysujących i ze względu na występujące w nich różnice programistyczne, mogą różnić się opisem lub podstawą KNR, niemniej dotyczą tych samych robót. W przypadku programu RODOS, którym posługuje się w kosztorysowaniu INSTALBUD Sp. z o.o., w podstawie wyceny nie jest uwidocznione rozszerzenie występujące po KNR i numerze, mimo że jest to ta sama podstawa i ta sama robota. Potwierdziły to przywołane powyżej dowody z pisma przygotowawczego. Nadto, Kosztorys nr 04- Budynek Techniczny: Zamawiający załączył przedmiary z pozycjami scalonymi tj. zawierającymi dwa numery KNR. Wykonawca w programie kosztorysowym wykonał scalenie w pozycji tych „KNR - ów", opis generowany jest dla pierwszego z nich, podczas gdy podstawy wyceny są prawidłowe. KNR-y są zgodne z przedmiarami Zamawiającego, jednostka i ilość jest ta sama, cena jednostkowa obejmuje zakres robót określony przez Zamawiającego. Wydruk szczegółowy dla poz. 21 sumującej pod pozycje 21.1 i 21.2 po przemnożeniu krotnością 4 w sumie daje grubość 12 cm żelbetonowych wsporników stropowych - wymaganą przez Zamawiającego.

Nadto, zadane pytanie przez Zamawiającego: „Czy zakres robót ujęty w/w pozycjach zawiera KNR „i lub" opisy robót ujęte przez Zamawiającego ? Czy zmiana KNR „i lub" opisu robót Zamawiającego była podyktowana wygenerowaniem opisu przez program kosztorysujący Wykonawcy?" oznacza, że zdawał sobie sprawę z możliwego istniejącego źródła owych niezgodności. Izba także podzieliła stanowisko Przystępującego, że kluczowy

dla realizacji zamówienia jest projekt techniczny oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB), nie zaś sam kosztorys.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp należy uznać za nietrafiony, jednocześnie Izba podnosi, że Odwołujący nie formułował w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co jednoznacznie wynika z odwołania: *„O ile czynność Zamawiającego poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty INSTALBUD z treścią SWIZ nie budzi żadnych zastrzeżeń Odwołującego, to czynność wyjaśnienia treści oferty już tak."* i zostało dodatkowo potwierdzone na rozprawie: *„W zakresie kolejnych zarzutów Odwołujący podtrzymuje, iż nie formułował zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jedynie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, jak i 87 ust. 1 Pzp."*.

Przy czym, brak jest podstaw do stwierdzenia, że miało miejsce naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, żadne negocjacje nie zaistniały. Jeśli bowiem uznać źródło owych niezgodności co zostało ustalone w wyniku wskazanych wyżej wyjaśnień, to tryb art. 87 ust.1 Pzp stanowi element, który w dalszym etapie winie prowadzić do ewentualnego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W rezultacie zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp jest także z tej przyczyny przedwczesny, z racji obligu art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Izba nie nakazała działania w tym zakresie z racji braku samego zarzutu, jak i wniosku, również biorąc pod uwagę potwierdzenie się jednego z rozpatrywanych wcześniej zarzutów, skutkujące nakazanym w sentencji unieważnieniem przez Zamawiającego czynności z dnia 20 października 2017 r. (wyboru oferty Przystępującego), powtórzeniem czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazano Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego. W takim stanie bowiem rzeczy bezprzedmiotowy charakter mają ewentualne działania sanacyjne w tym zakresie.

Odnośnie naruszenia art. 26 ust. 1 Pzp, to niewątpliwe naruszenie w tym zakresie miało miejsce, ale z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, nie miało to wpływu na wynik i skutkuje oddaleniem tego zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia wskazanego powyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Magdalena Grabarczyk